

# Uitbreiding van het internationaal instrumentarium van de burgerlijke rechter

## De ruimte voor doorwerking na het *Rookverbod*-arrest

NTBR 2022/25

### 1. Inleiding

Een civiele rechter die de internationale bepalingen waarop partijen zich hebben beroepen niet toetst of toepast. In het licht van een arrest als *Urgenda* is dit moeilijk voorstelbaar, maar ruim een decennium geleden was dit dagelijkse kost. Nog in 2010 wordt door het Comité dat toezicht houdt op de naleving van het Internationaal Verdrag voor Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) onder meer de volgende zorg geuit:

‘Given the fact that the State party [Nederland, AK] follows a monist system, whereby international treaties are directly applicable, the Committee reiterates its concern that some provisions of the Covenant are not self-executing and enforceable in the State party and that they have not been admitted by courts to substantiate legal claims relating to economic, social and cultural rights.’<sup>2</sup>

Alhoewel is af te dingen op het uitgangspunt van het Comité – Nederland heeft een *gematigd* monistisch systeem – legt de geuite zorg wel de vinger op de zere plek: de doorwerking van internationaal recht via de rechter wordt belemmerd.

Lange tijd was deze doorwerking gebonden aan nationale criteria uit het *Spoorwegstaking*-arrest<sup>3</sup> die het initiatief voor de toepassing van internationaal recht weghaalden bij de rechter en neerlegden bij de wetgever. De rechter ontwikkelde wel alternatieve wijzen voor indirecte doorwerking, maar het was de meer structurele wijziging van deze doorwerkingscriteria in het *Rookverbod*-arrest<sup>4</sup> waardoor het *Urgenda*-arrest tot stand kon komen. Deze bijdrage bespreekt deze gewijzigde criteria en de invloed op de doorwerking van (normen van) internationaal recht in het Nederlands privaatrecht.

Model voor de effecten van deze wijziging staan de arresten *Urgenda*<sup>5</sup> en *IS-uitreizigers*,<sup>6</sup> waarin op verschillende mensenrechtenverdragen een beroep wordt gedaan. De uitkomst is verschillend: in *Urgenda* bevestigt de Hoge Raad op basis van internationale normen dat de Staat aan bepaalde verplichtingen moet voldoen, terwijl in *IS-uitreizigers* geen verplichting voor de Staat kan worden afgeleid uit het internationale recht. Aan de hand van een aantal kernpunten worden de overeenkomsten en verschillen uit deze arresten behandeld en geplaatst in het licht van de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde.<sup>7</sup> Na een uitleg van verschillende centrale begrippen (paragraaf 2) worden de feiten en geschilpunten uit beide arresten kort weergegeven (paragraaf 3). Daarna wordt onderzocht op welke wijze internationale normen doorwerking (kunnen) hebben in het privaatrecht (paragraaf 4) en hoe in de civiele rechtspraak wordt omgegaan met het nieuwe instrumentarium voor de doorwerking van internationaal recht (paragraaf 5).

### 2. Begrippenkader

Zowel *Urgenda* als *IS-uitreizigers* draait om een bevel aan de Staat tot het nemen van maatregelen. Dit bevel wordt gestoeld op een rechtsplicht die onder andere kan voortvloeien uit de positieve verplichtingen onder het EVRM, indien volgens dit verdrag sprake is van rechtsmacht van de Staat. Daarom eerst een korte uitleg van de begrippen rechtsmacht (paragraaf 2.1), rechtsplicht (paragraaf 2.2) en positieve verplichtingen (paragraaf 2.3).

#### 2.1 Rechtsmacht

In het licht van de verdragsverplichting van de Staat onder het EVRM om mensenrechten te waarborgen wordt met rechtsmacht, *jurisdiction*, bedoeld op de relatie tussen de Staat en het individu wiens mensenrechten in het geding zijn.<sup>8</sup> Het gaat hier dus niet om de rechtsmacht van de rechter, maar om de invloedssfeer van de Staat en zijn verantwoordelijkheid om te handelen volgens de verplichtingen die hij heeft volgens het EVRM. Hoofddregel van het EVRM en andere internationale mensenrechtenverdragen is dat de rechtsmacht van een Staat zich beperkt tot het eigen grondgebied. Op het eigen grondgebied is een Staat soeverein en bij uitstek in staat om de mensenrechten te waarborgen. In

1 Citeerwijze: B.A. Kuiper-Slendebroek, ‘Uitbreiding van het internationaal instrumentarium van de burgerlijke rechter. De ruimte voor doorwerking na het *Rookverbod*-arrest’, *NTBR* 2022/24, afl. 6. Mr. dr. B.A. (Anneloes) Kuiper-Slendebroek is als universitair docent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht (beide Universiteit Utrecht). Zij promoveerde in 2017 op een onderzoek naar de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht (Universiteit Leiden) en houdt zich in huidig onderzoek en onderwijs bezig met verschillende facetten van internationaal en Europees aansprakelijkheidsrecht.

2 Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant: concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: the Kingdom of the Netherlands, UN Doc. E/C.12/NDL/CO/4-5, 9 december 2010, para. 6.

3 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR1986:AC9402 (*Spoorwegstaking*).

4 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*).

5 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

6 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-uitreizigers*).

7 Het betreft hier het internationaal publiekrecht, ook wel ‘volkenrecht’ genoemd. De beschrijvingen in dit artikel betreffen niet het recht van de Europese Unie (hierna: EU), onder meer vanwege de bijzondere positie van het Europese Hof van Justitie als hoogste rechter voor de EU-lidstaten en de wijze van doorwerking van EU-recht in de Nederlandse rechtsorde, die verschilt van de doorwerking van het overige internationale recht.

8 Conclusie 24 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:412, par. 4.2.

enkele uitzonderlijke omstandigheden heeft een Staat ook rechtsmacht buiten het eigen grondgebied, bijvoorbeeld wanneer personen zich buiten Nederland bevinden maar toch aan de Nederlandse rechtsmacht zijn onderworpen door *effective control* of gezag dat wordt uitgeoefend door (een vertegenwoordiger van) de Staat.<sup>9</sup>

## 2.2 Rechtsplicht

Het bevel dat aan de rechter wordt gevraagd kan zowel een gebod als verbod zijn en volgt uit artikel 3:296 BW. Op grond van deze gebodsactie kan 'hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten', daartoe door de rechter worden veroordeeld. Het bevel wordt gebruikt voor de afdwaling van de nakoming van een rechtsplicht, ter voorkoming van een onrechtmatige daad of het ontstaan van een onrechtmatige situatie.<sup>10</sup> Een dergelijke rechtsplicht kan voortvloeien uit een verbintenis of uit een onrechtmatigheidscategorie (artikel 6:162 BW), maar ook uit (ongeschreven) internationaal recht. In het kader van de gebodsactie wordt voor deze algemene verplichtingen en de verplichtingen uit verbintenissen het overkoepelende begrip 'rechtsplicht' gebruikt, zijnde:

'een verplichting die door het recht in het leven is geroepen, zonder dat van een rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar sprake behoeft te zijn'.<sup>11</sup>

De gebodsactie is een zelfstandige actie, waarvoor is vereist dat er sprake is van een reële dreiging van een schending van de rechtsplicht door gedaagde jegens de eiser.<sup>12</sup> Uit artikel 3:303 BW volgt dat de eiser voldoende belang moet hebben bij het voorkomen van de dreigende schending van deze rechtsplicht.<sup>13</sup>

## 2.3 Positieve verplichtingen

Een rechtsplicht kan voortvloeien uit internationaal recht, zoals bijvoorbeeld de verplichtingen voor de Staat uit het EVRM. Verdragspartijen zijn verplicht om aan een ieder onder hun rechtsmacht de rechten en vrijheden te verzekeren die in het EVRM zijn opgenomen.<sup>14</sup> Dit kan een negatieve verplichting zijn – geen inbreuk maken op de genoemde fundamentele rechten – of een positieve verplichting – actief optreden om deze fundamentele rechten te verzekeren. Een voorbeeld van een positieve verplichting is het nemen van preventieve beschermingsmaatregelen.

Dat er positieve verplichtingen bestaan is niet opgenomen in het EVRM zelf, maar door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aangenomen en in rechtspraak verder uitgewerkt.<sup>15</sup> De juridische basis voor deze positieve verplichtingen verschilt. In enkele gevallen wordt deze

direct uit de formulering van het EVRM-recht afgeleid, zoals de positieve verplichting om het recht op leven te beschermen (artikel 2 EVRM). Daarnaast verwijst het EHRM naar het actieve taalgebruik van artikel 1 EVRM: Staten moeten de rechten en vrijheden 'verzekeren'. Tot slot dienen EVRM-rechten volgens het EHRM niet theoretisch en illusoir, maar praktisch en effectief te zijn.<sup>16</sup> Positieve verplichtingen kunnen gelden in verticale verhoudingen – tussen Staat en individu – en er kan een positieve verplichting voor de Staat bestaan om wetgevend op te treden in horizontale verhoudingen – tussen private partijen.<sup>17</sup>

## 3. De arresten *Urgenda* en *IS-uitreizigers*

In de besproken arresten wordt een beroep gedaan op internationale rechtsbronnen. In *Urgenda* baseert de Hoge Raad zijn oordeel rechtstreeks op (de rechtsplicht die voortvloeit uit) de positieve verplichtingen van de artikelen 2 en 8 EVRM en wordt met gebruik van internationale interpretatieregels invulling gegeven aan deze verplichtingen (paragraaf 3.1). In *IS-uitreizigers* wordt de werking van het internationale recht beperkt door het ontbreken van rechtsmacht en geeft de Hoge Raad op andere wijze gevolg aan de internationaalrechtelijke normen (paragraaf 3.2). Op de achtergrond spelen internationaalrechtelijke interpretatieregels een rol (paragraaf 4).

### 3.1 *Urgenda*

De zaak *Urgenda* draait om de dreiging van gevaarlijke klimaatverandering en de positieve verplichtingen van de Nederlandse Staat onder het EVRM. Door de stichting Urgenda ('Urgente Agenda') wordt een bevel gevorderd aan de Staat om tegen deze dreiging maatregelen te nemen door het beperken van de CO<sub>2</sub>-uitstoot per eind 2020 met 40% ten opzichte van 1990, of in ieder geval met minimaal 25%. Aan dit gevraagde reductiebevel legt Urgenda in eerste instantie ten grondslag dat het huidige en toekomstige Nederlandse uitstootniveau onrechtmatig is, want in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid (artikel 6:162 BW) en de artikelen 2 en 8 EVRM.

De rechtbank Den Haag wijst de vordering van Urgenda toe en geeft een bevel aan de Staat om de uitstoot per eind 2020 met ten minste 25% terug te brengen ten opzichte van 1990.<sup>18</sup> De rechtbank overweegt dat de stichting Urgenda geen rechtstreeks beroep kan doen op het EVRM omdat artikel 34 EVRM alleen aan individuen een klachtrecht geeft. Daarom stelt de rechtbank via artikel 6:162 BW vast dat de Staat onrechtmatig handelt door schending van de zorgplicht om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen, waarbij de zorgplicht aan de hand van de Kelderluik-criteria

9 EHRM 7 juli 2011, 55721/07 (*Al Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*).

10 J.J. van der Helm, 'Het rechterlijk bevel en verbod', *BPP* nr. 19, 2019/1.

11 J.J. van der Helm, 'Het rechterlijk bevel en verbod', *BPP* nr. 19, 2019/1.

12 W.Th. Nuninga, 'Recht, plicht, bevel, verbod', *NTBR* 2018/21.

13 T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', *NTBR* 2018/2.

14 Artikel 1 EVRM.

15 EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), r.o. 31.

16 Zie: E. Gijssels, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid; de invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 35 e.v.

17 J. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 266.

18 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).

wordt ingevuld met internationale normen uit onder andere het EVRM, het VN-Klimaatverdrag en het *no harm*-beginsel.<sup>19</sup>

Het Gerechtshof Den Haag overweegt dat artikel 34 EVRM ziet op het recht van individuele klagers om een klacht in te dienen bij het EHRM, en niet op het recht om zich voor de nationale rechter te beroepen op de rechten uit het EVRM. Het hof bevestigt het reductiebevel van de rechtbank en vindt hiervoor een verdragsrechtelijke basis in de positieve verplichtingen van de Staat onder het EVRM. Volgens het hof '[schendt] de Staat zijn op de artikelen 2 en 8 EVRM gebaseerde zorgplicht' door niet tijdig zijn CO<sub>2</sub>-uitstoot te reduceren.<sup>20</sup>

Tegen deze zorgplicht richten zich de cassatiemiddelen van de Nederlandse Staat.<sup>21</sup> De Staat betoogt onder meer dat het gevaar niet voldoende specifiek is om onder de bescherming van deze EVRM-artikelen te vallen, er is geen onmiddellijke dreiging en er zijn geen concrete schadelijke gevolgen bekend. Ook wordt volgens de Staat het milieu als zodanig niet beschermd door het EVRM en zijn oorzaken en gevolgen niet lokaal, maar mondiaal. Daarnaast voert de Staat aan dat de reductiedoelstelling van 25% tot 40% van de uitstoot van broeikasgassen in 2020 ten opzichte van 1990 geen bindende regel of afspraak is.<sup>22</sup>

De Hoge Raad behandelt in drie stappen de reikwijdte van het EVRM en de invulling van de positieve verplichtingen van de Staat onder het internationale recht. Voor deze interpretatie van het EVRM is Nederland (mede) gebonden aan de internationaalrechtelijke uitleg (maatstaven) die het EHRM hanteert, de zogenoemde *common ground*-methode. Deze methode houdt in dat het EVRM in het licht van voorwerp en doel van het verdrag moet worden uitgelegd en dat wordt aangesloten bij breed gedeelde opvattingen en ontwikkelingen in de verdragsstaten en in internationaal verband. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met wetenschappelijke inzichten en algemeen aanvaarde standdaarden.<sup>23</sup>

Als eerste stap onderzoekt de Hoge Raad of ook de dreiging van klimaatverandering valt onder de reikwijdte van de in het EVRM opgenomen belangen die bescherming verdienen. Dit is het geval voor de artikelen 2 (recht op leven)

en 8 EVRM (recht op eerbiediging privé-, familie- en gezinsleven), die bij natuurrampen of in milieukwesties met ernstige gevolgen voor de leefomgeving een positieve verplichting vormen voor de Staat om redelijke en passende maatregelen te nemen. Dit houdt mede in dat een Staat preventief maatregelen moet nemen, ook wanneer niet zeker is dat het verwachte gevaar zich zal verwezenlijken.<sup>24</sup> Deze maatregelen moeten 'daadwerkelijk redelijk en geschikt' zijn en kunnen door de rechter worden getoetst. Hierbij is er wel een grens:

'De art. 2 en 8 EVRM mogen niet ertoe leiden dat een onmogelijke of in de gegeven omstandigheden onevenredige last op de staten wordt gelegd. Als een staat redelijke en geschikte maatregelen heeft genomen, brengt het enkele feit dat deze maatregelen het gevaar niet hebben kunnen afwenden, niet mee dat hij is tekortgeschoten in de op hem rustende verplichting. De verplichtingen die voortvloeien uit de art. 2 en 8 EVRM zien op de door een staat te nemen maatregelen, niet op (het garanderen van) het behalen van het daarmee te bereiken resultaat.'<sup>25</sup>

De Hoge Raad komt tot de conclusie dat de Staat onder het EVRM een positieve verplichting heeft om (preventieve) maatregelen te nemen tegen de dreiging van klimaatverandering als het om een nationaal probleem zou gaan.

De tweede stap is nagaan of deze verplichting ook geldt gezien het mondiale karakter van de CO<sub>2</sub>-uitstoot en de (mondiale) gevolgen daarvan. Hierover heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) nog geen uitspraak gedaan.<sup>26</sup> Voor het vaststellen van de reikwijdte van verplichtingen haalt de Hoge Raad verschillende internationaalrechtelijke bronnen aan, zoals het VN-Klimaatverdrag, het *no harm*-beginsel, het EU-recht en het gewoonterechtelijke aansprakelijkheidsrecht. De conclusie die de Hoge Raad hieruit trekt, luidt:

'Nederland [is] op grond van de art. 2 en 8 EVRM verplicht om 'het zijne' te doen om een gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen, ook al betreft het een mondiaal probleem.'<sup>27</sup>

Nu de artikelen 2 en 8 EVRM leiden tot een positieve verplichting van de Staat tot het nemen van maatregelen ter beperking van mondiale klimaatverandering, is de derde en laatste stap het concreet invullen van deze verplichting. De Hoge Raad erkent dat een antwoord op deze vraag in beginsel tot het (internationale) politieke domein behoort, omdat het vraagt om afspraken, keuzes en afwegingen tussen Staten onderling. Toch ziet de Hoge Raad ook een rol voor de rechterlijke macht:

24 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.2.

25 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.4.

26 De Hoge Raad had hierover een *advisory opinion* kunnen vragen aan het EHRM, maar acht het antwoord op de voorliggende vragen voldoende duidelijk (r.o. 5.6.4).

27 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.7.1.

19 Het *no harm*-beginsel houdt in dat geen enkele Staat het recht heeft zijn grondgebied zodanig te gebruiken of te laten gebruiken dat er significante schade wordt toegebracht aan andere staten, Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.39.

20 Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*), r.o. 73.

21 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 3.2-3.3.

22 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 3.4. Verder voert de Staat aan dat het door de rechtbank gegeven bevel neerkomt op een bevel tot wetgeving dat volgens de rechtspraak van de Hoge Raad niet toelaatbaar is. Daarnaast zou het niet de taak van de rechter zijn om politieke afwegingen te maken die nodig zijn voor de besluitvorming over de reductie van de uitstoot van broeikasgassen. Op deze cassatieklacht wordt in dit artikel niet verder ingegaan.

23 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.4.1-5.4.3.

'de rechter [kan] wel beoordelen of de Staat minder maatregelen neemt dan overeenkomt met hetgeen evident de ondergrens van zijn aandeel is in de maatregelen die wereldwijd tegen een gevaarlijke klimaatverandering moeten worden genomen. (...) de rechter kan vaststellen wat in elk geval, naar zeer breed gedragen en mede in de klimaatwetenschap gefundeerde opvatting van staten en internationale organisaties, is aan te merken als de minimale 'fair share' van de Staat.'<sup>28</sup>

Voor het vaststellen van deze ondergrens wordt wederom gebruikgemaakt van de *common ground*-methode.<sup>29</sup> De Hoge Raad overweegt na bestudering van besluiten op de verschillende klimaatconferenties en overeenkomsten zoals het Akkoord van Parijs dat:

'een grote mate van internationale consensus bestaat over de dringende noodzaak van een reductie in 2020 van minimaal 25-40% van de uitstoot van broeikasgasen ten opzichte van 1990 door Annex I-landen'.<sup>30</sup>

Met deze ondergrens moet de Staat rekening houden bij de concretisering van zijn positieve verplichtingen op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM.<sup>31</sup>

Deze concretisering – de (voor)genomen maatregelen – kan worden getoetst door de rechter. Daarbij heeft de Staat de vrijheid te kiezen welke maatregelen hij neemt, mag er geen 'onmogelijke of in de gegeven omstandigheden onevenredige last' op de Staat worden gelegd en moeten de maatregelen 'daadwerkelijk redelijk en geschikt' zijn.<sup>32</sup> Uit EVRM-jurisprudentie volgt dat de Staat hierbij zijn 'due diligence' in acht moet nemen en een geschikt en consistent beleid dient te voeren.<sup>33</sup> Daarbij kan van de Staat worden verlangd om behoorlijk te motiveren hoe hij met het gevoerde beleid boven de ondergrens van zijn *fair share* blijft.

Op deze punten faalt de Nederlandse Staat volgens de Hoge Raad. Het beleid is inconsistent: tot 2011 sluit de Staat aan bij de internationaal aangenomen noodzaak voor reductie van 25% tot 40% en worden internationale doelstellingen onderschreven, maar in 2011 verlaagt de Staat deze reductiedoelstelling tot 20% met als bijkomend gevolg dat op een later moment ingrijpendere en kostbaardere maatregelen nodig zullen zijn. Het ontbreekt aan enige motivering door de Staat voor deze verlaging of voor de te nemen maatregelen waarmee wordt beoogd na 2020 een versnelde reductie te kunnen bereiken. Dit leidt ertoe dat dit beleid door de Hoge Raad onvoldoende toereikend wordt geacht.<sup>34</sup> Het oordeel van het hof blijft in stand.

### 3.2 *IS-uitreizigers*

Eiseressen in *IS-uitreizigers* zijn meerdere vrouwen die uit eigen beweging vanuit Nederland naar het zelfbenoemde kalifaat van de Islamitische Staat (IS) in Syrië of Irak zijn gereisd. Na de val van het kalifaat worden deze vrouwen vastgehouden in kampen in Noord-Syrië. De meeste vrouwen hebben de Nederlandse nationaliteit en zijn daar met hun in totaal 56 kinderen. Deze kinderen zijn ofwel in Nederland geboren en meegereisd, ofwel in Syrië geboren. De kampen staan onder het gezag van Syrisch-Koerdische autoriteiten en de omstandigheden zijn er 'erbarmelijk en gevaarlijk'.<sup>35</sup> De vrouwen hebben de Staat gesommeerd hen naar Nederland te halen, maar de Staat heeft laten weten dit niet te zullen doen.<sup>36</sup>

Eiseressen vorderen dat de Nederlandse Staat wordt opgedragen hen en hun kinderen naar Nederland terug te brengen, of zich daar zo goed mogelijk voor in te spannen.<sup>37</sup> In elke instantie is eerst de vraag aan de orde of de vrouwen en kinderen onder de rechtsmacht van de Staat vallen. Rechtsmacht is een voorwaarde voor de rechtstreekse werking van de mensenrechtenverdragen waarop eiseressen zich beroepen – het EVRM, het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) – maar is punt van orde omdat eiseressen zich in het buitenland bevinden. Vervolgens is het de vraag of de Staat onrechtmatig handelt tegenover vrouwen en kinderen door hen niet naar Nederland te halen noch zich daarvoor in te spannen.

Als grondslag voor de vordering voeren eiseressen aan dat de omstandigheden in de kampen erbarmelijk zijn. Hierdoor zijn de meest elementaire grondrechten van de vrouwen en kinderen in het geding. Door zich niet actief in te spannen voor terugkeer, handelt de Staat volgens eiseressen onrechtmatig – en dus in strijd met een rechtsplicht – door zowel het schenden van internationale mensenrechtenverdragen als het schenden van de zorgplicht van artikel 6:162 BW.<sup>38</sup> Voor diens weigering zich actief in te zetten voor de terugkeer van vrouwen en kinderen beroept de Staat zich op het belang van de nationale veiligheid om geen (mogelijk) geradicaliseerde vrouwen en kinderen te laten terugkeren, op de veiligheidsrisico's in Noord-Syrië en op de (negatieve) beïnvloeding van internationale betrekkingen door contact met statelijke en niet-statelijke entiteiten.<sup>39</sup>

De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat eiseressen zich niet rechtstreeks op de mensenrechten(verdragen) kunnen beroepen omdat zij zich in het buitenland

28 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 6.3.

29 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 6.4.

30 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 7.2.10-7.2.11.

31 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 7.2.11.

32 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.3-5.3.4.

33 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.2.3-5.3.3.

34 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 7.3.5-7.4.1.

35 Parket HR 24 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:412, par. 1.1.

36 Inmiddels worden door Nederland mondjesmaat vrouwen en kinderen uit Syrische kampen gerepatriëerd, bijvoorbeeld om hun strafproces in Nederland te kunnen bijwonen.

37 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-uitreizigers*), r.o. 2.3.1.

38 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-uitreizigers*), r.o. 2.3.2.

39 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-uitreizigers*), r.o. 3.14.

bevinden waar de Nederlandse Staat geen rechtsmacht heeft.<sup>40</sup> Wel wordt de Staat in het licht van de kinder-rechten uit IVRK en EVRM op grond van de zorgvuldigheidsnorm (artikel 6:162 BW) geboden om zich ‘het schrijnende lot van die kinderen aan te trekken’,<sup>41</sup> hetgeen betekent dat de Staat zich ‘actief [moet] inzetten om de kinderen te repatriëren’.<sup>42</sup> In het kader van de zorgvuldigheidsnorm sluit de voorzieningenrechter aan bij de grond-rechten van de kinderen: er moet voldoende bescherming worden geboden door ‘de redelijkerwijs mogelijke maatregelen te treffen’.<sup>43</sup>

Het Gerechtshof Den Haag acht dit een te strenge maatstaf voor de zorgvuldigheidstoets: hiermee is in feite een volle toets aan de mensenrechtenverdragen uitgevoerd, terwijl de rechtsmacht (en dus rechtstreekse werking van deze mensenrechtenverdragen) ontbreekt. Wel kunnen volgens het hof de belangen die de grondrechten beogen te beschermen worden meegenomen bij een belangenafweging. Deze indirecte rol van de mensenrechten is minder ‘sterk’ dan bij rechtstreekse werking.<sup>44</sup> Het gaat in dit geval wel om de meest fundamentele belangen, waardoor ‘de lat voor de Staat om de marginale toets te kunnen doorstaan navenant hoger ligt’.<sup>45</sup> De vorderingen houden echter verband met vragen van nationale veiligheid en buitenlands beleid, (politieke) terreinen waarop de Staat een grote beleidsvrijheid heeft.<sup>46</sup> De rechter kan het handelen van de Staat daarom slechts marginaal toetsen, met een begrenzing van hetgeen ‘redelijkerwijs’ van de Staat kan worden gevergd. Het hof komt tot de slotsom dat de Staat in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om de vrouwen en de kinderen niet naar Nederland te halen en zich daartoe ook niet in te spannen.<sup>47</sup>

Ook de Hoge Raad komt tot de conclusie dat eiseressen geen rechtstreeks beroep kunnen doen op de mensenrechtenverdragen omdat zij zich buiten de rechtsmacht van de Staat bevinden en er geen buitengewone omstandigheden zijn waarop zij zich kunnen beroepen.<sup>48</sup> Dit neemt niet weg dat de Staat een bijzondere verantwoordelijkheid heeft tegenover personen met de Nederlandse nationaliteit. Indien de mensenrechten van deze personen (dreigen te) worden geschonden, moet de Staat ‘beoordelen of hij zich in de omstandigheden van het geval kan en moet inspanssen om deze schending te beëindigen of om de dreigende schending af te wenden’.<sup>49</sup> Omdat de vorderingen nauw verband houden

met vragen van nationale veiligheid en buitenlands beleid, komt de Staat een grote beleids- en beoordelingsruimte toe. In zo’n geval kan de rechter slechts nagaan:

‘of de Staat alle betrokken belangen [heeft] afgewogen en of hij daarbij in het licht van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn handelswijze’.<sup>50</sup>

Het hof heeft hiermee volgens de Hoge Raad de juiste maatstaf aangelegd en deze ook op de juiste wijze toegepast.

Tot slot bekijkt de Hoge Raad de belangenafweging door het hof. Aan de in de mensenrechtenverdragen vervatte belangen die de vrouwen en kinderen hebben ingeroepen komt groot gewicht toe, welke als omstandigheid bij de belangenafweging is betrokken. Het hof heeft ook de door de Staat aangevoerde belangen als zwaarwegend gezien, welke belangen door de Staat zijn gemotiveerd. Gelet op de zwaarwegende belangen van de Staat en op de eigen keuze van de vrouwen om uit te reizen, acht de Hoge Raad de beslissing van het hof dat de Staat niet onrechtmatig handelt, niet onbegrijpelijk.<sup>51</sup>

#### 4. Doorwerking en interpretatie van internationaal recht

De mechanismen waarmee het internationale recht wordt geïnterpreteerd en in het nationale recht toepassing krijgt worden in deze paragraaf toegelicht. Eerst worden de kenmerken van het nationale recht behandeld, zijnde de rechtstreekse werking onder de artikelen 93 en 94 Grondwet (paragraaf 4.1) en de reflexwerking (paragraaf 4.2). Vervolgens worden de internationaalrechtelijke interpretatieregels uiteengezet (paragraaf 4.3).

##### 4.1 Rechtstreekse werking van internationaal recht

Het Nederlandse rechtsstelsel kent met betrekking tot de doorwerking van internationaal recht een gematigd monistisch systeem.<sup>52</sup> Het systeem is monistisch, omdat internationaal recht in beginsel van toepassing is in de nationale rechtsorde, dus zonder omzetting in nationale wetgeving. Wanneer de Staat zich bindt aan internationaal recht, dient hij hieraan ook in het nationale recht gehoor te geven. Dit heeft tot gevolg dat niet alleen het verdragsrecht, maar ál het internationale recht dat de Nederlandse Staat bindt, tot het objectieve recht behoort.<sup>53</sup> De rechtskracht van bijvoorbeeld internationaal gewoonterecht en verdragen is

40 Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.5, 4.14.  
 41 Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.10.  
 42 Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.24.  
 43 Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.10.  
 44 Gerechtshof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208 (IS-uitreizigers), r.o. 7.2-7.3.  
 45 Gerechtshof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208 (IS-uitreizigers), r.o. 7.8.  
 46 Gerechtshof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208 (IS-uitreizigers), r.o. 7.8.  
 47 Gerechtshof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208 (IS-uitreizigers), r.o. 7.14.  
 48 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (IS-uitreizigers), r.o. 3.4.1-3.7.1.  
 49 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (IS-uitreizigers), r.o. 3.10.2.

50 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (IS-uitreizigers), r.o. 3.9.1-3.11.2.  
 51 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (IS-uitreizigers), r.o. 3.21.2.  
 52 L.F.M. Besselink, ‘Internationaal recht en nationaal recht’, in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink, *Handboek Internationaal Recht*, 2007, p. 64-67.  
 53 J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter* (diss. Utrecht), 1996, p. 17; L.F.M. Besselink, ‘Internationaal recht en nationaal recht’, in: *Handboek Internationaal Recht*, 2007, p. 63; B.A. Kuiper-Slendeboek, *Rechter over Grenzen; de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht* (diss. Leiden), 2017, p. 40.

automatisch en geldt indien en zodra deze internationaalrechtelijk gezien bindend zijn voor Nederland.<sup>54</sup>

Met de volkenrechtsconforme uitleg van het nationale recht werkt het internationale recht op indirecte wijze door in het nationale recht. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen rechtstreeks werkende en niet-rechtstreeks werkende verplichtingen van de Staat.<sup>55</sup> Uit de presumptie dat een Staat zijn volkenrechtelijke verplichtingen wil nakomen, volgt het beginsel dat het nationale recht niet in strijd met dit internationale recht mag worden uitgelegd. Dus ook zonder rechtstreekse werking van internationaalrechtelijke verplichtingen zal de Nederlandse rechter het nationale recht zoveel mogelijk moeten uitleggen en toepassen op een wijze waardoor de Staat aan deze verplichtingen voldoet.<sup>56</sup> Ook houdt de rechter rekening met internationale normen die (nog) niet bindend zijn voor de Staat in die zin dat nationaal recht niet zo mag worden uitgelegd dat de Staat hiermee in strijd handelt.<sup>57</sup>

Wanneer een burger rechten wil ontleen aan een internationaalrechtelijke bepaling, komt de gematigde kant van het Nederlandse monisme naar voren: de rechtstreekse toepassing van internationaal recht door de rechter vindt plaats onder de voorwaarden uit de artikelen 93 en 94 Grondwet. Deze artikelen luiden:

‘Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.’<sup>58</sup>

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’<sup>59</sup>

Volgens artikel 93 Grondwet mag de Nederlandse rechter bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties na bekendmaking rechtstreeks toepassen wanneer deze een ieder kunnen verbinden. Een alternatieve benaming, die ook in dit artikel wordt gebruikt, is ‘rechtstreeks werkend’. Wanneer de rechter van oordeel is dat een nationaal wettelijk voorschrift niet overeenstemt met een rechtstreeks werkende internationale bepaling, dan kan hij

in het concrete geval dit nationale recht opzij zetten ten fa-veure van het internationale recht.<sup>60</sup>

De artikelen 93 en 94 Grondwet geven de rechter dus de bevoegdheid vast te stellen of internationaalrechtelijke bepalingen rechtstreeks werken, waardoor private partijen een beroep kunnen doen op de in deze bepalingen neergelegde rechten en plichten. Ook de rechtsplicht van artikel 3:296 BW kan voortvloeien uit rechtstreeks werkend internationaal recht.<sup>61</sup> De Grondwet geeft echter geen criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat sprake is van een rechtstreeks werkende bepaling.<sup>62</sup>

Deze criteria zijn door de Hoge Raad geformuleerd in het arrest *Spoorwegstaking* uit 1986:

‘naar Nederlands recht [is] enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?’<sup>63</sup>

Dit zijn twee elkaar uitsluitende criteria waardoor de rechter moest kiezen: óf de internationale bepaling bevatte een verplichting voor de Staat om nationale wetgeving aan te nemen, óf de internationale bepaling bevatte rechten welke door de rechter rechtstreeks konden worden toegepast.<sup>64</sup> Daarbij moest de bepaling *in abstracto* worden beoordeeld, dus los van de toepassing in het concrete geval.

Veel van de te beoordelen internationale verdragsbepalingen beginnen met een variant van ‘A State Party shall take all necessary measures to ensure...’ of ‘Each Party shall adopt and implement legislative measures to...’ gevolgd door de te beschermen rechten of te bereiken doelstellingen van het verdrag. De uitkomst van de toepassing van de *Spoorwegstaking*-criteria was dus meestal dat de voorliggende internationaalrechtelijke bepaling een verplichting inhield voor de Staat om nationale wetgeving met bepaalde inhoud aan te nemen, met als gevolg dat de rechter deze bepaling niet rechtstreeks kon toepassen – en dus niet het

54 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), 2004, p. 19; L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een ‘neo-monistische’ benadering*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Kluwer 2009, p. 42.

55 J.W.A. Fleuren, ‘Urgenda en niet(?)–rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht’, *NJB* 2019/475.

56 HR 16 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0044, r.o. 3.2.3.

57 J.W.A. Fleuren, ‘Urgenda en niet(?)–rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht’, *NJB* 2019/475.

58 Artikel 93 Grondwet.

59 Artikel 94 Grondwet.

60 L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een ‘neo-monistische’ benadering*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Kluwer 2009, p. 50.

61 De Hoge Raad lijkt in *Urgenda* de rechtsplicht van de Staat rechtstreeks vast te stellen op grond van het EVRM, HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 8.2.2. Desalniettemin is er discussie over de vraag of de rechtsplicht vanwege een subjectief recht of wettelijke plicht zonder tussenkomst van artikel 6:162 BW, dus rechtstreeks, kan worden vastgesteld. Zie voor deze discussie: T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Utrecht), Wolters Kluwer 2021, p. 450-451; K.J.O. Jansen, ‘De rol van art. 6:162 BW in verbods- en bevelsacties’, *NTBR* 2020/40, afl. 10, p. 295-297.

62 Wel staat er een beperking in artikel 120 Grondwet: de rechter toetst verdragen niet aan de Grondwet.

63 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR1986:AC9402 (*Spoorwegstaking*), r.o. 3.2.

64 Deze keuze komt na beantwoording van de vraag of verdragsluitende partijen zijn overeengekomen dat een bepaling géén rechtstreekse werking toekomt, hetgeen bijna nooit het geval is.

nationale recht opzij kon zetten ten faveure van het internationale recht.<sup>65</sup> Een verdragsartikel waarover de rechter eenmaal *in abstracto* had bepaald dat deze niet rechtstreeks werkte, werd veelal ook in volgende zaken niet-rechtstreeks werkend geacht.

In het *Rookverbod*-arrest brengt de Hoge Raad een wezenlijke verandering aan in de *Spoorwegstaking*-route. Voor het bepalen van rechtstreekse werking van artikel 8 lid 2 van het Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging<sup>66</sup> plaatst de Hoge Raad de artikelen 93 en 94 Grondwet uitdrukkelijk in de context van de internationale interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag (WVV):<sup>67</sup>

'De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van de art. 93 en 94 Gw, dient te worden beantwoord door uitleg daarvan. Die uitleg moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 van het [Weens Verdragenverdrag].'<sup>68</sup>

Daarmee wordt de rol van de internationale interpretatieregels bij de toepassing en interpretatie van verdragen in het nationale recht erkend (waarover meer in paragraaf 4.3). De Hoge Raad overweegt vervolgens:

'Indien noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Het gaat erom of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast.'<sup>69</sup>

Volgens dit criterium werkt een verdragsbepaling rechtstreeks als zij inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de concrete zaak als rechtsnorm te worden toegepast.<sup>70</sup> Het gevolg hiervan: de nationale rechter kan een verdragsbepaling *in concreto* rechtstreeks toepassen, ook wanneer die bepaling *in abstracto* een verplichting voor de Nederlandse Staat bevat om wetgeving aan te nemen. De Hoge Raad wijzigt hiermee de twee elkaar uitsluitende criteria uit *Spoorwegstaking*, en benoemt dit ook expliciet:

'De enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te

nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, [belet] niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren. Anders dan de Staat betoogt, betekent het enkele bestaan van keuze- of beleidsvrijheid dus niet dat geen sprake kan zijn van rechtstreekse werking'.<sup>71</sup>

Deze nieuwe route biedt de mogelijkheid om internationale bepalingen die onder *Spoorwegstaking* als niet-rechtstreeks werkend werden beschouwd vanwege hun inhoud gericht aan de Staat, in concrete gevallen rechtstreekse werking te verlenen.<sup>72</sup> De rechter krijgt hiermee een actievere rol: hij moet steeds nagaan of de ingeroepen internationale bepalingen in het concrete geval als objectief recht kunnen worden toegepast.

#### 4.2 *Indirecte werking van internationaal recht: reflexwerking en minimumnormen*

Wanneer internationaal (verdrags)recht in het concrete geval niet rechtstreeks door de rechter kan worden toegepast, kan het op indirecte wijze nog wel juridisch relevant zijn.<sup>73</sup> Dit is naast de volkenrechtsconforme uitleg (paragraaf 4.1) het meest zichtbaar in de reflexwerking. Het onderscheid tussen beide figuren is niet altijd scherp te maken. Bij zowel verdragsconforme uitleg als reflexwerking houdt de rechter bij het hanteren van open normen en begrippen rekening met niet-rechtstreeks werkend internationaal recht.<sup>74</sup> Een verschil is dat volkenrechtsconforme uitleg alleen wordt toegepast bij de uitleg van nationaal recht waarbij het al dan niet rechtstreeks werkende karakter van het internationale recht niet van belang is, terwijl bij reflexwerking zowel nationaal als internationaal recht wordt uitgelegd met behulp van (normen uit) niet-rechtstreeks werkend internationaal recht. Daarnaast wordt veelal van reflexwerking gesproken nadat de rechter een rechtstreeks beroep op het internationale recht via de artikelen 93 en 94 Grondwet heeft afgewezen, hetgeen veelvuldig gebeurde door toepassing van de *Spoorwegstaking*-criteria. De internationale rechtsnormen die vanwege de trechter van de artikelen 93 en 94 Grondwet niet rechtstreeks kunnen worden toegepast, geven dan alsnog invulling aan (inter)nationale rechtsnormen die door de rechter wél rechtstreeks worden toegepast. Kortom: het niet-rechtstreeks werkende internationale recht krijgt door de reflexwerking een rol in het rechterlijk oordeel via een andere nationale of internationale bepaling.

De reflexwerking komt voort uit de gedachte dat al het internationale recht dat de Staat bindt een indicatie kan zijn voor

65 Zie: B.A. Kuiper-Slendeboek, *Rechter over grenzen; de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht* (diss.), Leiden 2017.

66 'Each Party shall adopt and implement (...) effective legislative (...) measures, providing for the protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport (...) and (...) other public places.'

67 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, *Trb.* 1985, 79. Het WVV is een codificatie van volkenrechtelijk gewoonterecht omtrent o.a. de inwerkingtreding, toepassing en uitlegging van verdragen.

68 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*), r.o. 3.5.1.

69 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*), r.o. 3.5.2.

70 R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de Trias. Enkele staatsrechtelijke aantekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675.

71 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*), r.o. 3.5.3.

72 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 23 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5113, r.o. 14.

73 Zie bijvoorbeeld HR 7 mei 1993, *NJ* 1995/259, r.o. 3.4; Rb. Rotterdam 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6769, r.o. 5.

74 J.W.A. Fleuren, 'Urgenda en niet(?)-rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht', *NJB* 2019/475.

daaraan gerelateerde (inter)nationale rechtsopvattingen.<sup>75</sup> Er zijn verschillende vormen van reflexwerking, zoals de ‘indirecte horizontale werking’ waarbij EVRM-rechten doorwerken in de verhouding tussen private partijen,<sup>76</sup> of de toepassing van rechtstreeks werkend internationaal recht dat is ingevuld met normen uit niet-rechtstreeks werkend internationaal recht.<sup>77</sup> Dit laatste is aan de orde in een zaak tussen het Eilandgebied Curaçao en een schoolbestuur, waarbij ongehuwde vrouwelijke leerkrachten opkomen tegen de regeling dat gehuwde mannelijke leerkrachten meer betaald krijgen vanwege zogenoemde onderhoudsverplichtingen. Door eiseressen worden in cassatie bepalingen uit twee verschillende verdragen aangevoerd: artikel 26 IVBPR en artikel 2 lid 2 en artikel 7 van het Internationaal Verdrag voor Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR).<sup>78</sup> Onder de *Spoorwegstaking*-criteria werken de IVBPR-bepalingen wel rechtstreeks, terwijl de IVESCR-bepalingen over het algemeen niet rechtstreeks werkend worden bevonden. Zowel artikel 26 IVBPR als artikel 7 IVESCR heeft betrekking op het gelijkheidsbeginsel. Advocaat-Generaal Koopmans acht toetsing aan het rechtstreeks werkende artikel 26 IVBPR voldoende,<sup>79</sup> maar de Hoge Raad behandelt ook het beroep op het IVESCR en overweegt:

[‘Artikel 7 IVESCR mist] rechtstreekse werking (...) maar de waarborg van een gelijke beloning voor gelijke arbeid in het IVESCR is wel een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden. Hiermee zou niet stroken om al te snel aan te nemen dat voor een beloningsverschil (...) een redelijke en objectieve rechtvaardiging voorhanden is.’<sup>80</sup>

De Hoge Raad voegt daad bij het woord en laat de waarborg van ‘gelijke beloning voor gelijke arbeid’ uit artikel 7 IVESCR doorwerken bij de invulling van artikel 26 IVBPR. Met deze reflexwerking geeft de Hoge Raad betekenis aan het niet-rechtstreeks werkende artikel 7 IVESCR via het rechtstreeks werkende artikel 26 IVBPR.

Via de reflexwerking kunnen ook tussen private partijen de normen uit niet-rechtstreeks werkend internationaal (verdrags)recht worden toegepast. Parallel Entry procedeert tegen KLM namens piloten van KLM-Cityhopper, die aanspraak willen maken op dezelfde arbeidsvoorwaarden als KLM-piloten.<sup>81</sup> Het gaat niet om een onderscheid dat door ‘de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling’

wordt verboden, dus er blijft nog één route over voor de Hoge Raad:

‘In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW’.<sup>82</sup>

Voor de invulling van de eisen van goed werkgeverschap neemt de Hoge Raad mede het criterium van gelijke beloning in aanmerking. Aan dit criterium kan:

‘gelet op het feit dat het ook steun vindt in verdragsbepalingen als art. 26 IVBPR en art. 7 [IVESCR] een zwaar gewicht worden toegekend’.<sup>83</sup>

Hiermee wordt uit verdragsbepalingen die enkel de Staat binden, een norm afgeleid die ook van toepassing is in de verhouding tussen private partijen. Net als bij de ‘indirecte horizontale werking’ waarbij EVRM-rechten doorwerken in deze verhouding<sup>84</sup> speelt het niet-rechtstreeks werkende internationale recht hier via de reflexwerking een rol in de uitleg van nationale rechtsnormen.

Naast de reflexwerking komt er in verticale verhoudingen een tweede methode van indirecte doorwerking naar voren, namelijk via de verplichting om de minimumstandaard te handhaven. Dit gebeurt in gevallen waarin een nationale (wets)bepaling wijzigt waardoor het bestaande beschermingsniveau vermindert. In een zaak over een besluit tot het verlagen van een taxikostenvergoeding, wordt door een gehandicapte vrouw voor de Centrale Raad van Beroep (CRvB) een beroep gedaan op de bescherming onder het IVESCR. De CRvB laat in het midden of het IVESCR rechtstreeks werkt, maar oordeelt op basis van dit verdrag dat de Staat verplicht is een toereikende minimumstandaard te waarborgen.<sup>85</sup> Ook het hof in *Rookverbod* neemt een dergelijke minimumstandaard uit het internationaal WHO-verdrag in aanmerking wanneer hij overweegt dat:

‘het in dit geval niet gaat om een tijdelijke uitzondering (...) maar om het terugdraaien van een beschermingsmaatregel die reeds sinds 2008 van kracht was.’<sup>86</sup>

Wanneer een internationale verdragsbepaling de Staat gebiedt een bestaand beschermingsniveau te handhaven – een zogenaamde *stand still*-bepaling – dan geldt het bestaande beschermingsniveau in het nationale recht als de minimumstandaard. Vermindert het beschermingsniveau door nieuwe nationale wetgeving, dan functioneert ook de *stand still*-bepaling uit een niet-rechtstreeks werkend

75 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 374-375.

76 Conclusie A-G Valk 24 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:412, par. 6.2-6.3; zie ook A.S. Hartkamp, mr. C. Assers *Handleiding tot het beoefenen van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 3. *Vermogensrecht algemeen, Deel I, Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 221 e.v.

77 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955 (*Eilandbestuur Curaçao*), NJCM-bulletin 1993, p. 694-699, m.nt. A.W. Heringa.

78 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:AZ0955, NJ 1995/259.

79 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:AZ0955, NJ 1995/259, par. 14.

80 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:AZ0955, NJ 1995/259, r.o. 3.4.

81 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536 (*Parallel Entry/KLM*).

82 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536 (*Parallel Entry/KLM*), r.o. 3.3.

83 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536 (*Parallel Entry/KLM*), r.o. 3.3.

84 R.A.J. van Gestel, ‘Urgenda: een doorbraak in het klimaataansprakelijkheidsrecht?’, *AV&S* 2020/11.

85 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375.

86 Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ4871, r.o. 2.9.



internationaal verdrag feitelijk als een rechtstreeks werkende bepaling waaraan het nationale recht moet worden getoetst.<sup>87</sup>

#### 4.3 Interpretatie van internationaal recht

De toepassing van het internationale recht waaraan de Staat zich heeft gebonden en de rol die interpretatieregels hierbij spelen, blijkt mede uit het *Rookverbod*-arrest. De Hoge Raad verwijst uitdrukkelijk naar het gezaghebbende Weens Verdragenverdrag (WVV) waarin de regels voor verdragsinterpretatie zijn opgenomen.

Verdragen vormen samen met internationaal gewoonterecht de primaire internationale rechtsbron.<sup>88</sup> Het WVV is van toepassing op verdragen tussen Staten, maar deze interpretatieregels worden ook gebruikt voor andere internationale rechtsbronnen zoals de besluiten van volkenrechtelijke organisaties.<sup>89</sup> Het WVV bevat onder meer de bepalingen dat internationaal recht voorrang heeft op nationaal recht en dat een Staat moet handelen in de geest van het verdrag dat hij heeft ondertekend, ook wanneer dat verdrag nog niet in werking is getreden.<sup>90</sup>

Als interpretatieregels zijn met name de artikelen 31, 32 en 33 WVV van belang. Volgens deze artikelen moet een internationaal verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de tekst van het verdrag. Daarnaast kunnen ook de context, het voorwerp en het doel van het verdrag bij de uitleg worden betrokken.<sup>91</sup> Verder dient rekening te worden gehouden met een later tussen de verdragsstaten overeengekomen uitleggingswijze van het verdrag of met een later ontstaan gebruik in de toepassing van het verdrag.<sup>92</sup> Dit ‘later ontstaan gebruik’ – de *subsequent practice* – is een belangrijk element bij de uitleg van een verdrag. Het EHRM verwoordt deze interpretatieregels als volgt:

‘The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialized international instruments and from the practice of contracting States may constitute a

relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.’<sup>93</sup>

Uit de consistente praktijk van Staten kan een gemeenschappelijk inzicht van partijen over het doel van een verdrag worden afgeleid. Hierbij speelt het handelen van de Staat een rol, maar ook is de uitleg door een verdragscomité – ingesteld om toezicht te houden op de naleving van het verdrag door Staten – van belang.<sup>94</sup> Het Statuut voor het Internationaal Gerechtshof vermeldt daarnaast de nationale rechtspraak als hulpmiddel voor het vaststellen van de zich verder ontwikkelende regels van internationaal recht en voor de interpretatie van internationale rechtsbronnen in het algemeen, naast ‘de opvattingen van de meest bevoegde schrijvers der verschillende naties’.<sup>95</sup> Tot slot kan volgens het WVV voor de interpretatie van verdragen gebruik worden gemaakt van aanvullende middelen van uitlegging, waaronder de voorbereidende werkzaamheden voor de sluiting van het verdrag, de *travaux préparatoires*.<sup>96</sup> De eerdergenoemde *common ground*-methode van het EHRM sluit aan bij deze internationale interpretatieregels.

### 5. Doorwerking van internationaal recht in *Urgenda* en *IS-uitreizigers*

In zowel *Urgenda* als in *IS-uitreizigers* wordt een beroep gedaan op internationale verdragen. De Nederlandse rechter toetst deze verdragen als integraal onderdeel van het Nederlandse recht aan de internationale interpretatieregels en past deze verdragen rechtstreeks (paragraaf 5.1) of op indirecte wijze (paragraaf 5.2) toe. In het licht van het nieuwe *Rookverbod*-criterium worden verschillende varianten van deze werkwijze beschreven en besproken.

#### 5.1 Rechtstreekse werking van internationaal recht door internationale interpretatieregels

De internationale interpretatieregels zijn ongewijzigd gebleven, maar met het *Rookverbod*-criterium is de werkwijze van de Nederlandse rechter veranderd. De concrete toetsing van internationale bepalingen leidt tot een actievere werkwijze door de nationale rechter en – vaker dan voorheen – tot rechtstreekse toepassing van internationaal recht. Dit blijkt uit de overwegingen in *Urgenda*. In de wijze waarop volgens de Hoge Raad het EVRM moet worden geïnterpreteerd en toegepast, schemert het *Rookverbod*-criterium door:

‘Op grond van de art. 93 en 94 Grondwet dient de Nederlandse rechter de eenieder verbindende bepalingen van het EVRM toe te passen. Omdat Nederland met het EVRM ook gebonden is aan de rechtsmacht van het EHRM (art. 32 EVRM), dient de Nederlandse rechter uit te gaan van de uitleg die het EHRM aan die bepalingen heeft

87 Zie ook: HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema, par. 4.

88 Algemene rechtsbeginselen zijn een secundaire rechtsbron. M. Bossuyt & J. Wouters, *Grondlijnen van internationaal recht*, 2005, p. 38; H.W.A. Thirlway, *The Sources of International Law*, in: M.D. Evans (red.), *International Law*, 2014, p. 95. Zie ook: N. Schrijver, *De kraamkamers van het internationale recht*, in: M. Groenhuijsen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding II*, 2016, p. 114.

89 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351 (*Sanctieregeling Iran*), r.o. 3.7.2.

90 Artikel 18 WVV.

91 Artikel 31 lid 2 WVV.

92 Artikel 31 lid 3 sub a en sub b WVV.

93 EHRM 12 november 2009, 34503/97 (*Case of Demir and Baykara v. Turkey*), r.o. 85.

94 Centrale Raad van Beroep 27 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2356, r.o. 4.2.5.

95 Artikel 38 Statuut voor het Internationaal Gerechtshof.

96 Artikel 32 WVV.

gegeven, dan wel zelf die bepalingen uit te leggen met toepassing van de uitlegmaatstaven van het EHRM.<sup>97</sup>

De uitleg van het EVRM plaatst de Hoge Raad uitdrukkelijk in het licht van de *common ground*-methode van het EHRM en daarmee in het licht van internationale interpretatieregels.<sup>98</sup>

Aan de hand van deze internationale interpretatieregels wordt door de Hoge Raad de reikwijdte van het EVRM onderzocht: heeft de bescherming van fundamentele rechten onder de artikelen 2 en 8 EVRM ook betrekking op dreigende klimaatverandering? Ook in *IS-uitreizigers* wordt een mogelijke ontwikkeling van het EVRM onderzocht door Advocaat-Generaal Valk: heeft de Staat onder artikel 1 EVRM ook rechtsmacht buiten het eigen grondgebied? Dit onderzoek gebeurt aan de hand van breed gedeelde opvattingen en ontwikkelingen in de verdragsstaten en de ontwikkelingen in internationaal verband.<sup>99</sup> Er zijn eerder door het EHRM enkele uitzonderingen op de rechtsmacht aangenomen, waarna er een nieuwe denkrichting in de literatuur bestaat volgens welke:

‘zou moeten worden aangeknoopt bij de *feitelijke mogelijkheid tot beïnvloeding* door een verdragsstaat van de situatie in een bepaald gebied of met betrekking tot een bepaald persoon vanuit mensenrechtelijk perspectief.<sup>100</sup>

Als volgens deze recente ontwikkelingen in de toepassing van het EVRM de feitelijke mogelijkheid voor een verdragsstaat tot beïnvloeding van de situatie bepalend zou moeten zijn voor het al dan niet bestaan van rechtsmacht, dan kan er een positieve verplichting bestaan voor de Nederlandse Staat om ook voor deze onderdanen buiten het eigen grondgebied maatregelen te treffen om hun mensenrechten te beschermen. Valk komt echter tot de conclusie dat een bredere rechtsmacht onder het EVRM niet in lijn is met de huidige stand van het internationale recht en EHRM-rechtspraak. Een andere ontwikkeling die wordt onderzocht door Ryngaert in zijn noot bij *IS-uitreizigers*, is of het criterium van de ‘nationaliteit’ wél had kunnen leiden tot het aannemen van extraterritoriale rechtsmacht.<sup>101</sup> In een Belgische zaak overwoog het EHRM bij beantwoording van de vraag of het EVRM extraterritoriale werking zou kunnen hebben immers dat, naast andere omstandigheden, eisers niet de nationaliteit van de aangezochte Staat hadden.<sup>102</sup>

Dat de recente stand van het internationale recht moet worden onderzocht vloeit voort uit de *common ground*-methode

van het EHRM, welke is gerelateerd aan de interpretatieregels uit het WVV, waaronder de *subsequent practice*. Uit het overzicht van de internationale interpretatiemiddelen (paragraaf 4.3) bleek dat deze *subsequent practice* veelal steunt op ‘consensus’ over de interpretatie die moet worden gegeven aan internationale instrumenten, welke door statenpraktijk wordt bevestigd en daardoor voor de rechter een relevante overweging vormt voor de interpretatie van internationaal recht. Met het *Rookverbod*-criterium heeft de rechter immers de mogelijkheid om:

‘aan de hand van het beschikbare amalgaam van rechtsbronnen een normatief kader te ontwikkelen, dat het nationale recht inbedt in de Europese en internationale rechtsorde, eenheid en consistentie brengt tussen de verschillende lagen, en grensoverschrijdende rechtsbescherming biedt aan burgers.<sup>103</sup>

Deze internationale instrumenten bevatten ook rechten en plichten voor niet-Statelijke partijen. Met de contextuele benadering van het *Rookverbod*-arrest zou de Nederlandse rechter ook in horizontale verhoudingen uit relevante internationale verdragen, besluiten, afspraken en documenten een (zorgvuldigheids)norm kunnen destilleren die in het concrete geval rechtstreeks wordt toegepast op private partijen.<sup>104</sup>

## 5.2 Indirecte werking van internationaal recht in het licht van het Rookverbod-criterium

Het destilleren van een concrete norm uit internationaal recht gebeurt niet alleen aan de hand van rechtstreeks werkend internationaal recht, maar ook aan de hand van niet-rechtstreeks werkend internationaal recht. Eerder is besproken dat internationaal recht indirect doorwerkt via twee aan elkaar verwante wijzen: de volkenrechtsconforme interpretatie die voortvloeit uit het principe dat staten worden vermoed hun verdragsverplichtingen te willen nakomen (paragraaf 4.1) en de reflexwerking waarbij ongeacht de rechtstreekse werking bij de invulling van open normen zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met het internationale recht (paragraaf 4.2).

De reflexwerking bood een uitweg wanneer het internationale recht door de abstracte toetsing onder de *Spoorwegstaking*-criteria via de artikelen 93 en 94 Grondwet niet rechtstreeks kon worden toegepast, maar wel betrekking had op andere rechtstreeks werkende internationale of nationale normen. Vaak werd de reflexwerking door de rechter enigszins verhullend overwogen: aan deze niet-rechtstreeks werkende internationale bepalingen kon alsnog ‘een zwaar gewicht worden toegekend’, of het was ‘een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden’.<sup>105</sup>

97 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.6.1.

98 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.6.3-5.6.4.

99 Conclusie A-G Valk d.d. 24 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:412, par. 4.16-4.21.

100 Conclusie A-G Valk d.d. 24 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:412, par. 4.16.

101 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-uitreizigers*), NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert.

102 EHRM 5 mei 2020, nr. 3599/18, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918 (*M.N./België*), r.o. 118.

103 R. van Gestel & M. Loth, ‘Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?’, *NJB* 2015/1849.

104 J.W.A. Fleuren, ‘Urgenda en niet(?)-rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht’, *NJB* 2019/475. Vergelijk ook: Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

105 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:AZ0955, NJ 1995/259, r.o. 3.4; HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536 (*Parallel Entry/KLM*), r.o. 3.3.

Met het *Rookverbod*-criterium is het gebruik van de reflexwerking veranderd en neemt het een minder prominente plaats in. Immers, door toetsing *in concreto* wordt internationaal recht toegepast indien dit 'onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig' is, hetgeen vaker leidt tot rechtstreekse toepassing.<sup>106</sup> Het alternatief van de reflexwerking is niet meer nodig voor internationaal recht dat wél van toepassing is op de concrete zaak, maar niet rechtstreeks door private partijen is in te roepen vanwege de adressering aan de Staat. Door toetsing in het concrete geval wordt internationaal recht niet zozeer op basis van juridische status, maar veeleer op basis van materiële inhoud rechtstreeks toegepast. Een gevolg hiervan is dat ook aan internationale instrumenten die op zichzelf niet juridisch bindend zijn (*soft law*) betekenis kan worden toegekend bij de invulling van algemeen geformuleerde internationaalrechtelijke verplichtingen en open normen in het nationale recht.<sup>107</sup>

De verandering in het gebruik van de reflexwerking is ook zichtbaar in de uiteenzetting van de verschillende toepasselijke internationale instrumenten door de rechtbank in *Urgenda*, waar het onderscheid tussen volkenrechtsconforme interpretatie en reflexwerking (verder) vervaagt:

'De rechtbank stelt – met partijen – voorop dat de in het [VN-Klimaat]verdrag en het [Kyoto]protocol opgenomen bepalingen en het "no harm"-beginsel geen verbindende kracht jegens burgers (...) hebben. (...) Dit laat onverlet dat een staat wordt vermoed zijn volkenrechtelijke verplichtingen te willen nakomen. Daaruit volgt het beginsel dat een norm van nationaal recht – een wettelijk voorschrift of een ongeschreven rechtsnorm – niet mag worden uitgelegd of toegepast op een wijze waardoor de Staat in kwestie een volkenrechtelijke verplichting schendt, tenzij geen andere interpretatie of toepassing mogelijk is. In de rechtspraak wordt deze regel algemeen erkend. Dit heeft tot gevolg dat de rechter bij de toepassing en invulling van nationaalrechtelijke open normen en begrippen, zoals de maatschappelijke betamelijkheid, de redelijkheid en de billijkheid, het algemeen belang of bepaalde rechtsbeginselen, rekening houdt met dergelijke volkenrechtelijke verplichtingen. Zo krijgen deze verplichtingen een "reflexwerking" in het nationale recht'.<sup>108</sup>

De internationale verplichtingen worden onderdeel van de privaatrechtelijke open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid (artikel 6:162 BW). De rechtbank spreekt van reflexwerking. Deze uitleg heeft echter meer raakvlak met de volkenrechtsconforme uitleg. Het gaat immers niet om rechten die door individuen zijn of kunnen worden

ingeroepen via de artikelen 93 en 94 Grondwet, maar om het door de Staat nakomen van zijn internationale verplichtingen en het rekening houden met die verplichtingen bij het toepassen van open normen.

Ook in *IS-uitreizigers* is sprake van indirecte werking van internationale verdragsrechten waarop door eiseressen geen rechtstreeks beroep kan worden gedaan. Niet vanwege een beperking door de artikelen 93 en 94 Grondwet, maar omdat de Nederlandse Staat ten aanzien van eiseressen in *IS-uitreizigers* geen rechtsmacht heeft op grond van deze verdragen. De verdragsrechten worden wel meegenomen bij de belangenafweging in het kader van de zorgvuldigheidsbeoordeling.<sup>109</sup> Het hof noemt deze indirecte rol minder 'sterk', terwijl Valk spreekt van reflexwerking:

'Een en ander verhindert echter niet dat een zekere reflexwerking uitgaat van de in deze verdragen erkende rechten, in die zin dat uit die erkenning wordt afgeleid dat aan de zijde van de burger een zwaarwegend belang bestaat. Reflexwerking dient aldus ter invulling van het gezichtspunt van de aard van de betrokken belangen, dat, zoals gezegd, van wezenlijke betekenis is bij de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidsbeleid'.<sup>110</sup>

Dit zwaarwegende belang wordt ook door de Hoge Raad meegenomen in zijn beoordeling van de maatstaf die het hof heeft aangelegd. Terwijl de rechtsmacht van de Staat in het concrete geval niet zover reikt dat ook eiseressen hierop een beroep kunnen doen, wordt de rechtmatigheid van het overheidsbeleid nog wel getoetst aan deze verplichtingen uit mensenrechtenverdragen in afgezwakte vorm. Ook dit lijkt te wijzen op een volkenrechtsconforme interpretatie vanuit de presumptie dat een Staat zijn volkenrechtelijke verplichtingen te allen tijde wil nakomen.

De mogelijkheid van rechtstreekse toepassing van internationaal recht is vergroot door het *Rookverbod*-criterium, terwijl de reflexwerking als 'indirecte werking' van internationaal recht een andere rol in het rechterlijk oordeel heeft gekregen. Het is ook een valkuil om het internationale recht indirect toe te (blijven) passen, terwijl rechtstreekse toepassing in de meeste gevallen mogelijk is. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de *Groninger Aardgas*-zaak die gaat over de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van de aardbevingen die zich in Groningen voordoen na gaswinning uit het Groningenveld. De rechtbank Assen heeft aan de Hoge Raad onder meer de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

'Onder welke omstandigheden kan de Staat – mede gelet op art. 2, 3 en 8 EVRM – aansprakelijk worden gehouden voor aardbevingsschade op grond van art. 6:162 BW?'<sup>111</sup>

106 Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 27 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2356 (*Zwangerschaps- en bevallingsuitkering zelfstandigen*).

107 Zie bijvoorbeeld de uiteenzetting in de Conclusie van 13 september 2019, ECLI:NL:PRG:2019:887, par. 2.31.

108 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.42-4.43

109 Conclusie A-G Valk d.d. 24 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:412, par. 6.1-6.3.

110 Conclusie A-G Valk d.d. 24 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:412, par. 6.4.

111 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.2.3.

Door eisers was betoogd dat de Staat onrechtmatig had gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW, mede gelet op de artikelen 2, 3 en 8 EVRM. Door de Hoge Raad worden eerst de elementen van onrechtmatig handelen door de Staat onder artikel 6:162 BW uiteengezet. Daarna volgt een uiteenzetting van de relevante bepalingen uit het EVRM, waarbij de Hoge Raad opmerkt:

‘In het algemeen geldt de vraag of een handelen of nalaten van de Staat onrechtmatig is in voorkomend geval moet worden beantwoord met inachtneming van de minimumeisen die de relevante bepalingen van het EVRM en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie van het EHRM stellen aan het handelen of nalaten van de Staat.’<sup>112</sup>

Vervolgens wordt EHRM-rechtspraak over de positieve verplichtingen van de Staat onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM aangehaald, waaruit factoren worden afgeleid welke de feitenrechter in ieder geval moet betrekken in de eerdergenoemde toets van de onrechtmatigheid van het handelen of nalaten van de Staat onder artikel 6:162 BW. In de vertaalslag van het EVRM naar de toets van artikel 6:162 BW krijgen echter de door de Hoge Raad genoemde maatstaven op onderdelen geen precieze vertaling of een onjuiste toepassing. Zo wordt de EHRM-maatstaf om te bepalen of de bescherming onder artikel 8 EVRM van toepassing is op omgevingsgerelateerde situaties – er moet sprake zijn van een (*minimum*) *level of severity* – door de Hoge Raad gebruikt voor het vaststellen van een schending van de positieve verplichting onder artikel 8 EVRM.<sup>113</sup>

Een toetsing binnen de traditionele kaders van artikel 6:162 BW in plaats van rechtstreeks aan het EVRM zou kunnen voortvloeien uit de procesvoering door partijen. Deze wijzen van toetsing kan nog steeds recht doen aan de belangen en verplichtingen onder het EVRM, maar zoals ook Gijsselaar opmerkt verdient het dan wel de voorkeur dat steeds expliciet wordt gemotiveerd waarom wel of niet is voldaan aan de minimumvereisten.<sup>114</sup> Deze motivering ontbreekt in *IS-Uitreizigers*. Wanneer de Nederlandse rechter (te) snel aanneemt dat wel voldaan zal zijn aan het EVRM, dan:

‘zijn we weer terug bij af, dat wil zeggen bij de (te gehaaste) aanname dat met het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen worden geboden om fundamentele rechten te verzekeren.’<sup>115</sup>

Met een volkenrechtsconforme interpretatie of reflexwerking waar directe werking ook mogelijk is, lijkt te worden uitgegaan van de veronderstelling dat het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen bevat om de juiste werking van het internationale recht te verzekeren. De verschillende uitkomsten bij de toepassing van de *Spoorwegstaking*-criteria en het *Rookverbod*-criterium laten juist zien dat dit jarenlang niet het geval was. Een directe toepassing van internationaal recht door de nationale rechter is juist voor de bescherming van fundamentele rechten de te prefereren route.

## 6. Conclusie

De Nederlandse rechter speelt een belangrijke rol bij het waarborgen van internationale rechten op nationaal niveau. Als er internationale afspraken worden gemaakt door de Staat, dan is het aan de rechter om deze te identificeren, te interpreteren en in het concrete geval toe te passen. Dat volgt uit de artikelen 93 en 94 Grondwet, gelezen in het licht van internationaalrechtelijke interpretatieregels en het daaruit voortvloeiende *Rookverbod*-criterium.

Sinds het *Rookverbod*-criterium is een actieve(re) rol ontstaan voor de rechter door het gebruik van internationale interpretatieregels. Een verdragsbepaling die onder de *Spoorwegstaking*-criteria eenmaal was beoordeeld als niet-rechtstreeks werkend, behield deze beoordeling (meestal) ook in latere gevallen. Onder het *Rookverbod*-criterium moet de internationale bepaling in ieder concreet geval opnieuw worden bekeken. Deze actieve rol is zichtbaar in zowel *Urgenda* als *IS-uitreizigers*, waarin de internationale verplichtingen voor de Nederlandse Staat door de Hoge Raad direct en indirect worden getoetst.

De toepassing van internationale interpretatieregels betekent ook dat de rechter steeds moet vaststellen wat de huidige stand van het internationale recht is. In een geval als *IS-uitreizigers* kon de Hoge Raad zich niet automatisch beperken tot enkele uitzonderlijke gevallen van rechtsmacht buiten het eigen grondgebied, net zomin als er in *Urgenda* vanuit kon worden gegaan dat het EVRM niet van toepassing zou zijn op dreigende klimaatverandering omdat dit niet eerder zo was toegepast.

Met dit internationale instrumentarium en het *Rookverbod*-criterium vindt het internationale recht met grotere regelmaat rechtstreeks zijn weg naar de nationale rechtsorde. Hierbij wordt het internationaal recht niet zozeer op basis van juridische status, maar veeleer op basis van materiële inhoud toegepast. Een gevolg hiervan is dat ook aan internationale instrumenten die op zichzelf niet juridisch bindend zijn, betekenis kan worden toegekend bij de invulling van algemeen geformuleerde internationaalrechtelijke verplichtingen en open normen in het nationale recht. Internationale verdragen en afspraken zijn veelal rechtstreeks van toepassing in gevallen van staatsaansprakelijkheid en kunnen ook voor private partijen rechten en verplichtingen

112 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.7.8.

113 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.7.10. Zie voor meer onjuistheden de noot van D.G.J. Sanderink, *JIN* 2020/32, par. 8-11.

114 E. Gijsselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid; De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 180.

115 E. Gijsselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid; De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 181-182.

scheppen via open normen zoals de maatschappelijke zorgvuldigheid of het goed werkgeverschap. In de komende jaren kan de Nederlandse rechter zich verder bekwamen in het hanteren van het nationaal én internationaal instrumentarium voor de interpretatie en toepassing van internationaal recht.